

Alienação em hasta pública de imóvel por dívida de condômino

Marcelo Kokke*

Sumário

Introdução; 2. A interpretação preferível e a integridade em Dworkin; 3. Embate de princípios e regras; 4. Aplicação da teoria dworkiniana; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

O presente artigo pretende efetivar abordagem principiológica de bases norteadoras que regem o processo civil, especificamente, as repercussões acarretadas pela penhora de fração ideal de bem imóvel em execução. O objeto da abordagem centra-se na análise da possibilidade de incidência de penhora em fração ideal de imóvel, pertencente ao executado (pressuposto fixado), que venha a ocasionar a expropriação através de alienação em hasta pública do imóvel enquanto um todo, e não somente da fração ideal correspondente ao condômino devedor.

A questão faz por levantar conflitos argumentativos que se envolvem basicamente em um ponto comum: conduzir o imóvel como um todo à hasta pública, não obstante somente um condômino seja devedor, não seria violar o núcleo de garantia dos direitos de propriedade dos demais co-proprietários? Levar o imóvel por inteiro à hasta pública, não obstante somente fração ideal do mesmo tenha sido penhorada, não é estender os efeitos da execução para além de seus limites? É juridicamente sustentável alienar em hasta pública a totalidade do imóvel quando somente fração ideal do mesmo pertence ao devedor executado?

Procederemos à análise do problema a partir de marco referencial centrado em Dworkin, enfocando igualmente a questão sob o ângulo da doutrina processual civil, mas não abandonando o posicionamento jurisprudencial. Buscaremos analisar a

questão com fundamento no princípio da integridade, ao que em primeiro momento destacaremos o sentido daquele e a dimensão de sua relevância para a solução da temática proposta. Em seguida, consideraremos a dinâmica de relação entre princípios e regras, a partir de que se enquadrará o problema enquanto uma questão de princípio.

2. A interpretação preferível e a integridade em Dworkin

A aplicação principiológica do Direito, em integridade e intercompreensão congruente das normas, no sentido de que não é possível interpretar qualquer norma isolada no sistema, quanto mais abstraindo da composição constitucional, é pressuposto maior de coerência da atividade prática jurídica. Dworkin, abordando a integridade sob uma perspectiva constitucional, figura a mesma para além da simples fidelidade textual, assim como para além de uma simplória visão do passado histórico e situado: a integridade leva em conta a construção da coerência, não abrindo mão da própria conformação prática e textual da norma. A integridade perfaz uma coesão em coerência e congruência em prol da interpretação que configure a melhor resposta para o caso, tomado em contemporaneidade, entretanto, nunca desconsiderando que o tratamento decisório no passado compõe-se enquanto ingrediente para a formulação compreensiva do presente, justamente em um encadeamento de argumentos não aprisionados que reagem ao norte constitucional imprimido em combinação com o patamar compreensivo da realidade normativa expressado em decisões judiciais.

I must start with a distinction however: between fidelity to the constitution's text and fidelity to past constitutional practice, including past judicial decisions interpreting and applying the Constitution. Proper constitutional interpretation takes both text and past practice as its object: lawyers and judges faced with a contemporary constitutional issue must try to construct a coherent, principled and persuasive interpretation of the text of particular clauses, the structure of the constitution as a whole, and our history

* Procurador Federal. Advocacia Geral da União. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado. PUC-Rio. Pós-graduado em Processo Constitucional. Professor das Faculdades Pitágoras. Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

under the constitution – an interpretation that both unifies these distinct sources, so far as this possible, and directs future adjudication. They must seek, that is, constitution integrity. Fidelity to the Constitution's text does not exhaust constitutional interpretation, and on some occasions overall constitutional integrity might require a result that could not be justified by, and might even contradict, the best interpretation of the constitutional text considered apart from the history of its enforcement. But textual interpretation is nevertheless an essential part of any broader program of constitutional interpretation because what those who made the constitution actually said is always at least an important ingredient in any genuinely interpretive constitutional argument. (Dworkin, 2006, p. 117-118)¹

Tem-se assim que a integridade é simultaneamente um resguardo ante o arbítrio e uma fonte de coalizão em coerência, assim como se realiza como mecanismo de manifestação moral da comunidade de princípio, em reflexos estruturais junto ao legislativo e judiciário. A integridade está em liame com os argumentos de princípio, pois a própria essência de importância e peso dos princípios está afeta à manifestação da comunidade de princípio, ao que o princípio da integridade é marcado pela intersubjetividade, em consideração de consistência da decisão jurídica formulada em argumentos de adequação da norma para com o caso, afastando tanto o arbítrio como considerações de conveniência. Klaus Gunther (2004) situa três significados para o princípio da integridade: 1) igual respeito

e consideração, atraindo à argumentação um caráter procedimentalizado; 2) integridade como ideal de uma comunidade política, ao que haveria um pressuposto universalista de justiça a partir da consideração de destino comum; 3) princípio para argumentações de adequação, efetivado por meio da congruência e unidade do direito. O princípio da integridade assume um fundamento moral mas não excludente, justamente por pressupor a universalização e igualdade como pressupostos, sendo na aplicação da norma, justificada e em legitimidade, que os princípios auferem concretude junto ao caso, possibilitando a formulação da melhor resposta à problemática anteposta ao julgador.

Entretanto, o judiciário não figura como solitário na persecução da coerência, estando atrelado ao legislativo, enquanto faces da disposição do princípio da integridade. Os ideais de comprometimento que se configuram como exigência para a integridade são denominados por Dworkin como virtude da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo². Verifica-se aqui uma combinação de bases universalistas procedimentais com fundamentos de moralidade justificadores e fundamentadores das bases de agregação da comunidade.

As três exigências encontram-se encadeadas, correspondendo a equidade à externalização das bases políticas de convivência da comunidade; a justiça³ enquanto manifestação das instituições políticas em uma pretensão de distribuição de recursos e direitos em bases de igualdade e de maneira justificável moralmente,

¹ Em nossa livre tradução: “No entanto, eu devo começar com uma distinção: entre a fidelidade ao texto constitucional e a fidelidade à prática constitucional passada, incluindo o histórico das decisões judiciais que interpretam e aplicam a Constituição. A interpretação constitucional apropriada toma tanto o texto quanto a prática passada constitucional como seu objeto: advogados e juízes que se deparam com uma questão constitucional contemporânea precisam tentar construir uma coerente, sólida e persuasiva interpretação do texto de normas particulares, da estrutura da constituição como um todo, e da nossa história sob a constituição – uma interpretação que tanto unifique essas fontes distintas, no máximo grau possível, como direcione as decisões judiciais futuras. Eles precisam procurar, desta forma, integridade constitucional. Fidelidade para com o texto constitucional não esvazia a interpretação constitucional, e em algumas ocasiões, a integridade constitucional total pode requerer um resultado injustificável, talvez até mesmo contraditório, diante da melhor interpretação do texto constitucional considerado à parte da sua história de execução. Mas a interpretação textual é, ainda assim, uma acompanhante essencial de todo programa extensivo de interpretação constitucional porque aquilo que os autores da constituição verdadeiramente disseram é sempre ao menos um importante ingrediente em qualquer argumento constitucional genuinamente interpretativo.” (Dworkin, 2006, p. 117-118)

² A referência de Dworkin ao devido processo legal em sua temática adjetiva, ou seja, como caracterização formal ou procedimental para a regular aplicação da norma, não afasta de forma alguma o devido processo legal em seu teor substantivo, pelo contrário, complementa-se com este. O devido processo legal substantivo, compreendido como limitações substanciais alçadas pela principiologia constitucional, focando a própria razoabilidade ou proporcionalidade, está lastreado na teoria dworkiniana da concepção de justiça, em amálgama a uma dada comunidade de princípios. Agradeço ao Prof. José Maria dos Reis, ao atentar-me para esta questão, destacando-se inclusive que o processo assume-se como instituição constitucionalizada sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, indispensável à própria dimensão dos direitos fundamentais.

³ Destacando a justiça como um parâmetro que emerge no contexto dos princípios manifestados na comunidade, em pretensões socialmente estatuidas em correção na distribuição, afasta-se a justiça como percepção subjetivista, sendo inclusive este um dos focos de Dworkin ao sustentar sua crítica ao positivismo. O modelo ideal de justo não é assim pessoal, mas é envolvido na manifestação de toda a comunidade de princípio.

fundadas ou não em bases de equidade; e o devido processo legal adjetivo refere-se à procedimentalização dos riscos e consequências derivadas de violações às normas estabelecidas. É de destacar-se que o próprio devido processo legal adjetivo encontra-se conformado em sua essência pela equidade e justiça, galgando-se aqui a construção referente ao devido processo legal substantivo, abarcando princípios nucleares como contraditório e ampla defesa. Sintetiza Sgarbi: *a 'equidade' expressa princípio de organização e participação na vida política, a 'justiça' à conformidade com um modelo ideal justo, e o 'devido processo legal adjetivo' à retidão legal na atividade jurisdicional* (Sgarbi, 2006, p. 190).

Além disto, a coerência e congruência inerentes à integridade não se relacionam com a aplicação pontual da norma ao caso, mas sim enquanto contexto de prática jurídica. A coerência e congruência da prática jurídica são explicitadas em Dworkin pela ideia de romance em cadeia, segundo o qual as decisões jurídicas não podem ser concebidas como atomizadas e estaques, pelo contrário, as decisões judiciais figuram em uma comunidade jurídica histórica encadeando-se em um contar e recontar, amparando-se em pilares já construídos no passado, mas não se amarrando a grilhões, pelo contrário, o romance em cadeia indica uma prática jurídica contínua e autêntica, mas não desvinculada. Verdade é que Dworkin constitui sua compreensão a partir da sistemática dos precedentes, existente no *common law*, mas isso não invalida a aplicação em searas outras, tal como o Direito Brasileiro. Pelo contrário, verifica-se na prática judicial hodierna um constante apoio sequencial das decisões, que constantemente evocam construções jurisprudenciais anteriores enquanto balizas de sustentação, ao que decisões anteriores adquirem uma força gravitacional atrativa. A prática judicial compreenderia uma obra formulada por diversos autores, em continuidade, em coerência entre si, onde cada autor é ao mesmo tempo o leitor da história precedente, mas enquanto autor não lhe é dado meramente reproduzir o passado, mas sim apresentar uma interpretação com consistência narrativa e principiológica ao caso. Consoante destaca Adrian Sgarbi:

A tese de Dworkin, portanto, consiste na defesa de os diversos autores – legisladores e juízes – como qualquer escritor de um romance em cadeia estarem vinculados à prática revelada pela história e cuja

presença implica compreender sua projeção também para outros casos futuros. No particular dos juízes a respeito dos casos que lhes são levados à decisão, eles devem escolher o representante inicial que procede à 'melhor leitura' da cadeia de precedentes que deve ser continuada. (Sgarbi, 2006, p. 183)

Por fim, como assinala Sgarbi (2006), concepção do direito enquanto integridade está afeta à adequação e a cânones interpretativos. Os cânones interpretativos são estruturais na confecção da interpretação construtiva⁴, caracterizada por uma atitude interpretativa na argumentação viabilizadora da melhor resposta ao caso. Figuram enquanto cânones interpretativos principais, segundo aduz Sgarbi, a adequação ou harmonia e a justificação. A adequação ou harmonia demanda uma pertinência sequencial congruente, mas sempre sob os postulados construtivos, da decisão judicial para com a comunidade jurídica historicamente visualizada, tanto em consideração às bases normativas, quanto às formulações interpretativas passadas (capítulos anteriores da história jurídica da comunidade). Já a justificação liga-se essencialmente às exigências da integridade: justiça, equidade e devido processo adjetivo.

A melhor resposta, a interpretação preferível (terminologia utilizada na obra *Justice - interpretive rather*) não se caracteriza como produto direto da decisão da autoridade, pelo contrário, exige que seja repellido o arbítrio, que se aborde o caso em integridade, sempre com uma dimensão principiológica priorizada, a partir da interpretação construtiva, em interagir argumentativo e procedimentalizado. Assim, a análise das normas que regem a execução, que regem a propriedade e que, portanto, regem a extensão e forma como se procede a expropriação de bens em execução, há que se direcionar em prol da adequação ou harmonia, ou seja, em congruência para com o todo jurídico (unidade) em sua construção e materialização

⁴ A interpretação construtiva, na elaboração de Dworkin, perfaz-se em um instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social (Dworkin, 1999, p. 81). As etapas da interpretação construtiva, caracterizadas por diversos graus de consenso e florescimento da atitude interpretativa, são: 1) pré-interpretativa, identifica o conteúdo interpretado; 2) etapa interpretativa, voltada para a justificativa geral para a prática identificada na fase anterior; 3) etapa pós-interpretativa ou reformuladora, voltada para verificação e ajuste “daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (Dworkin, 1999, p. 82).

diante do caso concreto, sob as balizas da justificação, orientada pela integridade.

A conflituosidade a exigir o saneamento pela integridade irá colocar em destaque o direito à propriedade (art. 5º, inciso XXII, CR), o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, LV, CR), a duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CR), e a eficiência (art. 37, CR), enquanto núcleos principiológicos fundamentais.

A integridade exige que os comandos jurídicos em questão sejam apreendidos em congruência, assim como sob foco de justificação, permitindo uma compreensão em unidade do ordenamento que atinja a resposta preferível perante o caso concreto. A aplicação da norma envolve aqui uma consideração das relações entre as próprias normas, entre regras e princípios postos em sobrevoio ao problema levantado, de modo com que alcancem a maior potencialidade perante a integridade, em coerência e congruência para com a unidade do ordenamento enquanto fundado em uma comunidade de princípio. Nesse diapasão, buscaremos apreciar a relação entre normas, mais precisamente a relação entre regras e princípios, a partir de que se estabelecerá trilha para visualização da congruência e coerência em justificação demandadas pela pretensão em integridade.

3. Embate de princípios e regras segundo Dworkin

Constituindo-se o direito em um modelo composto de regras e princípios, estes distinguem-se, distinção esta que é elaborada por Dworkin e que será imperativa na consideração da solução do caso. O modelo dos princípios e regras permite o desenvolvimento de uma tensão de argumentações referentes a sustentações diversas em confrontação. O confronto passa a ser visualizado em uma perspectiva de conflito, em um balizamento e sopesamento das referências postas em confrontação, primordialmente em casos de insuficiência do modelo de regras. É nesta avaliação que se estabelecem diretivas e traçados para os princípios. Os princípios postam-se não como argumentações fechadas e excludentes, mas como razões diretivas e atrativas à determinada solução, apesar de não haver pré-orientação em precisão delineadora. Os princípios configuram-se assim como

feixes normativos direcionadores, guias em atração argumentativa. Adrian Sgarbi salienta a caracterização dos princípios na teoria de Dworkin, sendo destacável que os princípios não estabelecem soluções unívocas para controvérsias nas quais são aplicáveis:

De mais a mais, os princípios se caracterizam pela 'dimensão de peso' ou 'de importância', não determinando um resultado em específico, pois eles são 'razões' que 'guiam' e devem ser considerados quando as decisões jurídicas são tomadas, mesmo que, para tanto, devam ser submetidos a um 'balanceamento' frente a outros princípios que concorrem como razões contextuais para o caso. (Sgarbi, 2006, p. 152)

O modelo dos princípios e das regras segundo Dworkin não se caracteriza pelo estabelecimento de uma estrutura hierárquica, na qual princípios façam por decorrer a existência de regras, em um padrão de validade pela regra de reconhecimento. Pelo inverso, princípios e regras possuem identidade própria em sua verificação, como destaca Adrian Sgarbi, *os princípios não operam no mesmo canal de verificação que as regras, portanto a técnica do pedigree é inútil para identificá-los* (Sgarbi, 2006, p. 154). Afastam-se assim os princípios da regra de reconhecimento.

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. (Dworkin, 2002, p. 64.)

Há na teoria dworkiniana uma interligação entre princípios e a comunidade⁵ historicamente situada, assim como uma aproximação dos princípios dos postulados morais da comunidade. A consideração do princípio enquanto pertinente a determinado direito estaria afeta ao grau de relevância que este princípio possui, não em indiferentes situações, mas sim no grau de relevância para com certa comunidade considerada. Destaca-se a seguinte passagem:

Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do

⁵ Se uma teoria do direito deve fornecer uma base para o dever judicial, então os princípios que ela apresenta de maneira ordenada devem tentar justificar as regras estabelecidas. Para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, sustentam efetivamente essas regras. (Dworkin, 2002, p. 106.)

nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção. (Dworkin, 2002, p. 42.)

Não havendo relação de diferenciação a partir de hierarquia entre princípios e regras, o âmbito de distinção entre ambos estará em dimensão outra. Há uma diferença de padrões entre princípios e regras, que, segundo Dworkin, é a natureza lógica. Princípios e regras diferem quanto à natureza da orientação que emanam na aplicação do direito. As regras caracterizam-se pela aplicação segundo a maneira do *tudo ou nada*. Não é possível aplicar a regra em gradações, não se pode flexioná-las, ou se aplica uma regra, ou não se aplica. Destaca Dworkin: *dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão* (Dworkin, 2002, p. 39). A aplicação da regra e seu reconhecimento enquanto regra válida demanda que os casos em que a regra ceda espaço em sua aplicação sejam reconhecidos como exceções. O enunciado normativo de uma regra compreende sua exceção. As exceções são de veiculação interna à compreensão da regra enquanto aplicável ou não aplicável. Configurando a situação de aplicação da regra, as exceções já são inerentemente consideradas para aplicação em tudo ou nada. As regras apresentam uma definição de consequências, a partir de sua aplicação. Considerando determinadas condições explicitadas, já se infere consequências automáticas derivadas da própria regra. O mesmo não acontece com os princípios.

Os princípios situam-se em uma dimensão de conflito sem contradição, é possível considerar-se princípios contrários sem que isto invalide qualquer deles. Os princípios possuem flexibilidade através de atribuição de determinado peso, configurado em contexto, a partir do caso concreto. Neste sentido, afirma Dworkin que os princípios não apresentam consequências jurídicas diretas, automáticas quando configuradas as situações de sua aplicação, estruturam-se de modo a enunciar uma razão de condução argumentativa que transita em determinada direção. Assim, os princípios possuem situações de não-aplicação não enumeradas, não definidas em precisão, estando atrelados ao contexto do caso concreto. É neste sentido que “Dworkin acrescenta ainda o fato de os princípios serem mais fracos que as regras no

sentido de admitirem sempre incontáveis exceções, ao passo que, quando se trata das regras, as exceções que comportam podem ser enumeradas.” (Sgarbi, 2006, p. 152). Os princípios caracterizam-se por uma dimensão de peso ou importância, não selada de forma prévia, mas passível de intercruzamento com outros princípios, em interinfluência recíproca, onde cada um deles impactado é pela força do outro. O peso de um princípio possui influência na atração argumentativa, na diretriz de razão. Já as regras somente assumem elas um caráter funcional de importância ou ausência de importância. A importância da regra não se dá na diretriz da razão argumentativa, mas sim na funcionalidade do papel que ocupa, ao que a contradição entre regras determina a perda da validade de uma delas. Dworkin situa assim a importância da regra em uma escala funcional, segundo o papel por ela ocupado:

Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. (Dworkin, 2002, p. 43.)

Não obstante as diferenciações, regras e princípios não figuram estanques, pelo contrário, o modelo de Dworkin envolve regras e princípios; em caso de contradição entre regras, a validade de uma delas pode ser aferida pela coalizão da mesma para com determinado princípio que lhe ampare. Dworkin destaca que determinadas situações envolvem regras em uma espécie de compromisso para com princípios, mesmo que concorrentes, ao que por inferência impregna a própria regra de uma carga principiológica. Assim, mesmo em caso de regras, a aplicação das mesmas pode estar vinculada a determinado princípio. Tal ocorre frequentemente quando a regra assume uma textura aberta, ao que o conteúdo da mesma influenciado é pela diretriz de um princípio. Neste sentido explicita Dworkin:

Palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, ‘injusto’ e ‘significativo’ desempenham frequentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio.

Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra. (Dworkin, 2002, p. 45)

Dworkin opõe-se à compreensão do direito enquanto um “conjunto fixo de padrões de algum tipo” (Dworkin, 2002, p. 119), seja regra, seja princípio. O que destaca o autor estadunidense é que a discussão e a decisão quanto a determinado caso posto perante a norma jurídica deve passar por considerações que envolvem proposições caracterizadas enquanto princípios, assim como outras que se caracterizam como regras, ambos com natureza lógica diversa, provocando assim uma possibilidade de coalizão normativa em prol da justificativa da decisão⁶ tomada.

4. Aplicação da teoria dworkiniana

No ponto presente, passaremos a explicitar a aplicação da teoria dworkiniana ao caso vertido em tema, ou seja, relacionar a aplicação do direito em integridade e o choque entre princípios e regras para com os interesses envolvidos a levar integralmente o bem à hasta pública não obstante somente fração ideal do mesmo esteja submetida à execução, tendo em vista ser de propriedade de condômino executado. A busca pela resposta preferível ou melhor resposta a partir da integridade releva que se coloquem em consideração os princípios e regras envolvidos. Os princípios e regras, não obstante em olhar superficial, possam apresentar-se em dissonância, exigem pela compreensão em integridade sua tomada em congruência e adequação, plenamente justificados, consoante doutrina já exposta acima. A prática social de expropriação judicial de bens para satisfação de obrigações jurídicas, ou melhor, de obrigações juridicamente reconhecidas, apresenta-se como submetida a normatização, inclusive sob o prisma constitucional.

A expropriação judicial de bens somente se legítima se procedida em conformidade com o devido processo legal, *due process of law*, resguardando-se a ampla defesa e o contraditório, conforme constante no art. 5º, inciso LIV e LV da Carta Constitucional. Neste sentido, a propriedade está resguardada, enquanto direito individual, mas não enquanto direito absoluto, pois a perda de propriedade pode ocorrer, mas somente pode ocorrer segundo o devido processo legal estabelecimento no ordenamento jurídico, tanto sob um viés adjetivo quanto substantivo. O devido processo legal e o direito de propriedade são comandos atrativos gravitacionais, submetidos a sopesamento e sob caracterização de aplicação voltada para o caso concreto, são assim feixes orientadores abertos direcionadores da argumentação e compreensão. A proteção à propriedade e o devido processo legal afiguram-se assim enquanto princípios, e não como regras. Enquanto princípios, viável a coordenação dos mesmos com regras, regras que disponham sobre a incidência e devido processo de expropriação, que regula a forma como se efetiva a prestação jurisdicional na satisfação de direitos de crédito reconhecidos. É neste padrão orientativo que o art. 591 do CPC dispõe que todos os bens do executado, que não os excluídos por lei, estão submetidos à execução, sendo assim passíveis de expropriação. Parece límpido que a fração ideal de bem imóvel, quando pertencente ao devedor de processo de execução pode ser levada à expropriação, sem ofensa ao ditame constitucional, considerando seguimento ao devido processo legal. Entretanto, a questão em problema é se o bem em sua inteireza pode ser levado à hasta pública como decorrência do processo de expropriação. O condômino que não é devedor não pode ter sua propriedade lesada, não pode ter seus bens violados, salvo segundo o devido processo legal, e o devido processo legal somente permitiria a expropriação da propriedade do devedor, não da fração ideal dos demais condôminos. Em princípio, assim, exemplificativamente, se o imóvel é de propriedade de quatro condôminos, ao que a cada um cabem 25% do imóvel, se apenas um condômino for o devedor a hasta pública deveria se restringir aos 25% em questão, não alcançando o imóvel como um todo. A execução não poderia atingir terceiros, não haveria legitimidade ou legalidade em submeter pessoa estranha ao processo aos efeitos da satisfação do crédito através da hasta pública do imóvel como um todo, possuindo a decisão judicial limites subjetivos de abrangência.

⁶ Decisões judiciais não podem, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, ser justificadas senão sob o crivo constitucional, em uma atmosfera tomada pela discursividade, ou em processualidade discursiva, como destaca Rosemiro Pereira Leal (2002). A decisão não é fruto positivista ou expressão subjetiva do julgador, mas concretização dos canais constitucionalmente estabelecidos da expressão argumentativa posta em confronto pelas partes. Romper com a adjudicação arbitrária é primar pela concretização constitucional no caso concreto.

Entretanto, como princípios que são, o devido processo legal e o direito de propriedade estão em permanente sopesamento e balizamento com princípios outros, dentre os quais se encontram o princípio da duração razoável do processo (art. 5o, inciso LXXVIII, CR) e o princípio da eficiência (art. 37), este que sem dúvida abrange o Judiciário, exigindo posturas eficientes e eficazes na condução do processo judicial e efetiva prestação jurisdicional, art. 5o, inciso XXXV, CR. A prestação jurisdicional operacionalizada pelo processo há que alcançar concomitantemente um prazo razoável e efetividade em seu intento normativo, ou seja, eficiência. Igualmente, os ditames normativos acima arrolados qualificam-se enquanto princípios, sendo centro atrativo-gravitacional de impulsão normativa. Nesta diretriz, o processo judicial de execução caminha em interesse do credor, formulação concentrada na norma contida no art. 646 do Código de Processo Civil⁷. Não obstante, a execução igualmente perfaz-se da forma menos gravosa possível ao devedor⁸, encontrando-se aqui já o desenho da necessária congruência que repousa justamente no devido processo legal, que ao mesmo tempo assegura o respeito à propriedade e a efetivação da prestação jurisdicional com respaldo da situação jurídica a ser tutelada pelo ordenamento. Dentro do parâmetro principiológico da eficiência e duração razoável, a apreciação da norma nunca pode desprender-se do caso concreto a que se volta para aplicação. É neste dilema de aplicação que situações concretas podem revelar entraves fáticos à efetividade do processo e por conseguinte à sua duração razoável, constituindo-se estes na ausência de potencialidade de alienação do bem levado à execução. Tal o caso frequente das frações ideais: a alienação de $\frac{1}{4}$ de bem imóvel pode revelar-se extremamente complexa, difícil, afastando possíveis adquirentes que não viriam a pretender adquirir a fração, pois teriam a utilização do bem de restrita a impossível. Pense-se na alienação de $\frac{1}{4}$ de uma casa residencial em que já residem outros dois condôminos. A questão eleva-se em problematização, quando as frações ideais tornam-se mais rarefeitas. O potencial de alienação da fração ideal falece, e com ele a própria efetividade do processo tal como a duração

razoável, levando a sucessivas e inócuas hastas públicas negativas por ausência de interessados.

Interpretar a inviabilidade de levar-se o bem como um todo à hasta pública em resguardo às frações ideais dos condôminos que não são devedores em prestígio absoluto à propriedade privada, é considerar uma interpretação pelo tudo ou nada, com submissão das demais normas àquela, considerando-a como uma regra jurídica. Entretanto, a proteção à propriedade privada não é regra, mas sim um princípio, e enquanto princípio não entra em contradição com outros, mas sim em conflito, não havendo assim exclusão de validade, mas demandando-se uma avaliação em congruência e adequação para com o caso concreto, exaltando-se o caráter aberto e flexível dos princípios, segundo patamares de devido processo legal, equidade e justiça, em prol da integridade, consoante vê-se na teoria de Dworkin. Apreendendo os princípios mencionados⁹ tem-se que o devido processo legal, a proteção à propriedade, a duração razoável do processo e a efetividade e eficiência na prestação jurisdicional, com todas as derivações gravitacionais que derivam sobre regras processuais, demandam consideração normativa em integridade e adequação para com o caso concreto, garantindo-se ao mesmo tempo o resguardo do direito patrimonial dos condôminos que não estão sujeitos diretamente ao processo de execução e igualmente viabilizando-se a efetivação da execução em favor do credor. Neste momento fator principiológico outro se acresce: os condomínios estão permeados pelo caráter da precariedade, conforme enfatiza Caio Mário da Silva Pereira:

A comunhão não é a modalidade natural da propriedade. É um estado anormal (Clóvis Beviláqua), muito frequentemente gerador de rixas e desavenças, e fomentador de discórdias e litígios. Por isso mesmo, considera-se um estado transitório, destinado a cessar a todo tempo. (Pereira, 1997, p. 134.)

Mesmo em suas raízes romanas o condomínio era tido como uma situação transitória, precária, ao que não deriva ser estimulada pelo ordenamento jurídico.

⁷ Araken de Assis (2002, p. 117) destaca a disponibilidade que caracteriza a execução em relação ao credor.

⁸ Princípio positivado no art. 620 do Código de Processo Civil.

⁹ Não obstante outros princípios possam ser reclamados para participar do balizamento e sopesamento, assim como regras outras influem na configuração da congruência, crê-se que os mencionados assumem o núcleo temático da questão, comportando-se enquanto destinatários dos afluxos daqueles.

Ao inverso, o condomínio estaria destinado à extinção, em menor ou maior tempo. O condomínio voluntário¹⁰ carrega em si o traço da precariedade, estando assim suscetível à dissolução. A precariedade do condomínio em questão é atestada pela redação do art. 1320 do Código Civil, o qual, em seu § 3o, estabelece que não somente os condôminos poderão pleitear a dissolução do condomínio, mas também interessados outros que podem expor razões consistentes para tanto, ao que autorizado está ao órgão jurisdicional determinar a dissolução do condomínio. A efetividade da prestação jurisdicional e a efetivação do processo em prazo razoável são fundamentos que autorizam a dissolução do condomínio, justamente a partir da hasta pública do imóvel em sua inteireza, não obstante concentre-se a execução sobre a fração ideal do condômino executado. O processo não é um fim em si mesmo, destina-se a resolver temática de crise constante no caso concreto. A proposição que impeça a real solução do litígio não é solução, é quimera processual, é retrocesso e não processo, é retirar a efetividade do feito tornando a atividade judiciária vazio sem destino, é rodar em círculos sem ter aonde chegar, negando o direito enquanto integridade, impedindo a apreciação do ordenamento segundo os postulados da congruência em unidade e da norma em adequação e coerência, configuradores necessários para alcançar-se a melhor resposta ou a resposta preferível ao problema.

Almejando a integridade, e interpretando a norma em prol da congruência e coerência do próprio ordenamento jurídico, tem-se que o direito de propriedade dos condôminos não executados, mas cujo bem será levado à hasta pública, será resguardado a partir da conversão da fração ideal antes correspondente ao bem no produto da arrematação. Resguardando-se ao condômino não executado o valor patrimonial correspondente à sua fração ideal, aufere-se concomitantemente alcançar na maior potencialidade viável pelo caso concreto a efetivação dos princípios envolvidos, sem exclusões pelo tudo ou nada, mas em compatibilizações em coerência e adequação, ou seja, em integridade. Destaque-se que, no ato de alienação, a legislação civil resguarda prerrogativa aos próprios condôminos, havendo assim preferência destes, nos termos do art. 1322 do Código Civil.

A execução continua a atingir em expropriação tão somente o patrimônio do condômino executado, resguardando-se em última medida o patrimônio dos condôminos outros, os quais têm tutelado o valor patrimonial correspondente à fração respectiva, salientando por mais a possibilidade de exercício de prerrogativa na arrematação do bem, possibilitando-lhes assim a manutenção do bem e concomitantemente garantindo-se a austeridade do processo, o qual em escala última mantém-se sincrônico ao princípio da pertinência subjetiva do processo de execução.

A adequação e coerência, com a aplicação em conjunção dos princípios, em bases não antinômicas, referem-se à compreensão de que a garantia dos condôminos que não se encontram submetidos à penhora revela-se como uma garantia da titularidade monetária representada pela coisa, ou seja, assegura-se aos condôminos: 1) que o valor monetário do bem a eles pertencente não será atingido pela penhora; 2) que possam os condôminos evitar a fragmentação da propriedade, estimulando-se a unificação da propriedade e arrefecimento da relação condominial, e sobretudo tendo-se em conta a função social da propriedade; 3) que se encontre a efetividade do processo judicial sem comprometimento da garantia patrimonial constitucionalmente assegurada aos condôminos. Em inovação legislativa perpetrada pela Lei 11.380/2006 no regramento processual consolidado, na denominada reforma do Código de Processo Civil, seguiu-se o sentido aqui assinalado, ao que a penhora de bem indivisível remete à participação fracionária do produto da arrematação.

Art. 655-B. Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Figurando a mesma razão normativa, a identificação da solução para o caso não pode restar-se em disparidade. A fração dos condôminos não executados recairá sobre o produto da arrematação, ao que o bem como um todo há que ser levado a praxeamento. A jurisprudência pátria¹¹ já caminhava

¹⁰ Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 134 e seguintes).

¹¹ Interessante acórdão do TRF da 3ª Região que destaca a efetividade do processo judicial: Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AG - Agravo de Instrumento - 161854 Processo: 200203000358600 UF: SP Órgão Julgador: Quinta Turma Data da decisão: 15/09/2003 Documento: TRF300077566 Fonte DJU

no sentido de destacar a participação no bem indivisível sobre o produto pecuniário do bem, consoante julgados do Superior Tribunal de Justiça, dos quais se destaca:

Processual Civil. Acórdão. Omissão inexistente. Execução. Aval. Penhora de imóvel. Arrematação. Meação da esposa. Incidência sobre o valor alcançado em hasta pública. Preço vil não configurado. Lei. 4.121/1962, art. 3º.

I. Em caso de execução por dívida contraída pelo marido é de se resguardar a meação da esposa, a quem não corresponde fração ideal do bem indivisível, mas, sim, metade do valor obtido na alienação judicial do mesmo, ainda que inferior ao valor da avaliação judicial, desde que não caracterizada a venda a preço vil, hipótese esta inócurrenente no caso dos autos. II. Recurso especial não conhecido.

(STJ). REsp 331368. Processo: 200100817102/ MG. Rel.: Aldir Passarinho Junior. 4ª Turma. Data da decisão: 8/4/2003. DJ de 12/8/2003, p. 228.)

Neste diapasão, amparados na doutrina de Dworkin e em uma consideração principiológica do ordenamento jurídico, fundada em bases constitucionais, tem-se a viabilidade da sujeição do imóvel como um todo ao praxeamento, não obstante somente fração ideal esteja sujeita à expropriação.

Conclusão

Construindo a interpretação normativa do tema tratado a partir do modelo dos princípios e das regras segundo Dworkin, verifica-se a possibilidade de levar-se o bem integralmente à hasta pública, ao que legitima a alienação em indivisibilidade do bem imóvel, desde que atendidos os princípios normativos já expostos, ao

que a solução clareia-se: a) o bem poderá ser levado à expropriação em hasta pública em sua integralidade, não somente a fração ideal, possibilitando assim a efetividade da execução, e assim atendendo ao princípio da efetividade do processo judicial; b) considerando que a situação de condomínio existente, há que se garantir aos condôminos preferência na aquisição do bem, atendendo-se inclusive ao princípio da transitoriedade da relação condominial; c) sendo o bem levado a praxeamento, garante-se aos condôminos a integridade do valor de seu patrimônio, ao que, alienado o bem, somente a quota parte do condômino executado, em seu valor pecuniário, é destinada à satisfação do crédito, recaindo o direito dos demais no produto da arrematação.

Bibliografia

ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 8a Edição rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. Rev. técnica e da tradução Cícero Araújo; Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Justice in Robes. Cambridge, Massachusetts: Belknap press of Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. Introdução à edição brasileira: Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HOFFMANN, Florian F. Reflexões sobre Ronald Dworkin e a Jurisprudência Contemporânea. In Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Org. Antônio Cavalcanti Maia, Carolina de Campos Melo, Gisele Cittadino, Thamy Pogrebinski. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. Casos difíceis no pós-positivismo. In Hermenêutica Plural. Org. Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 12a Edição. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SGARBI, Adrian. Clássicos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Data: 18/11/2003 Página: 382 Relator(a) Juíza Suzana Camargo Decisão A Turma, por maioria, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da relatora, acompanhada pelo voto da Des. Fed. Ramza Tartuce. Vencido o Des. Fed. André Nabarrete que negava provimento ao agravo e fará declaração de voto.

Ementa processual civil. Agravo de Instrumento. Execução fiscal. Bem indivisível. Penhora. Integralidade do bem. entrega da metade do preço alcançado ao cônjuge meeiro.

I - Verificando-se a extrema dificuldade de arrematação de metade ideal do imóvel construído, por criar um novo condomínio forçado, deve a penhora de bem indivisível, pertencente a ambos os cônjuges, recair sobre a totalidade do bem, ficando a salvo a fração do cônjuge-meeiro, reservando-lhe metade do valor alcançado em hasta pública.

II - Agravo de instrumento a que se dá provimento.

SGARBI, Adrian. O Significado de “Direito.” Observações a Respeito de uma Pergunta Embaraçosa. In *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Org. Antônio Cavalcanti Maia, Carolina de Campos Melo, Gisele Cittadino, Thamy Pogrebinski. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.